

VU Research Portal

Case note: HR 30 maart 2018, NJ 2018/353 (Dräger)

Bouwens, Willem

2018

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W., (2018). *Case note: HR 30 maart 2018, NJ 2018/353 (Dräger)*, No. ECLI:NL:HR:2018:484, No. NJ 2018/353, 3 p., Mar 30, 2018. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2018, No. 39).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 30 maart 2018, NJ 2018/353 (Dräger)

Auteur: W.H.A.C.M. Bouwens

1.

In deze beschikking bevestigt de Hoge Raad zijn eerder, in twee op dit punt gelijkluidende beschikkingen, ingenomen standpunt, dat het beleid van het Gerechtshof Den Haag om een zaak, zonder partijen daarvan vooraf in kennis te stellen, ter zitting te laten behandelen door een raadsheer-commissaris, en deze vervolgens meervoudig af te doen, niet in overeenstemming is met het recht (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264). Daarmee was het lot van de uitspraak van het hof bezegeld. De Hoge Raad laat het echter niet bij een vernietiging op formele gronden, maar neemt de door A-G De Bock geworpen handschoen op, door in een overweging ten overvloede antwoord te geven op een na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) gerezen, principiële vraag: kan bij een ontslag op staande voet dat aan de door de wet gestelde vereisten voldoet aanspraak bestaan op een transitievergoeding?

2.

Sinds de invoering van de Wwz kan de werknemer wiens dienstverband na ten minste 24 maanden op initiatief van de werkgever eindigt of wordt beëindigd, op grond van art. 7:673 BW in beginsel aanspraak maken op betaling van een transitievergoeding. Deze vergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor de gevolgen van het ontslag en anderzijds om de werknemer de financiële middelen te verschaffen die hem in staat stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken (zie MvT, 33818, 3, p. 34). De vergoeding is ingevolge art. 7:673 lid 7 sub c BW niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Op grond van het achtste lid van het wetsartikel kan de kantonrechter in dat geval niettemin een gehele of gedeeltelijke transitievergoeding toekennen, indien het niet-toekennen ervan, gezien de specifieke omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor toepassing van deze 'hardheidsclausule' kan aanleiding bestaan wanneer een werknemer met een lang dienstverband wordt ontslagen nadat hij één keer ernstig in de fout is gegaan (MvT, 33818, 3, p. 110; Ktr. Tilburg 23 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7552).

3.

De in de memorie van toelichting bij de Wwz opgesomde voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer vertonen sterke verwantschap met gedragingen van de werknemer die een ontslag op staande voet kunnen rechtvaardigen. Genoemd worden onder meer: diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt; het in strijd met kenbare gedragsregels geld lenen uit de bedrijfskas, en het veelvuldig en zonder gegronde reden te laat verschijnen op het werk, nadat de werkgever de werknemer hierop al eerder tevergeefs heeft aangesproken (MvT, 33818, 3, p. 40). Aanvankelijk leek de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz in de veronderstelling te verkeren dat ingeval sprake is van een dringende reden voor een ontslag op staande voet, ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer is gegeven (zie de ook door de Hoge Raad in r.o. 4.3.5. aangehaalde passage op p. 50 van de MvT). Die veronderstelling is onjuist. Voor een dringende reden is niet steeds vereist dat de werknemer ter zake van zijn gedragingen een verwijt kan worden gemaakt (zie onder meer HR 3 maart 1989, NJ 1989/549, m.nt. P.A. Stein (C./NS) en HR 29 september 2000, NJ 2001/560, m.nt. P.A. Stein (Van D./Nutricia)), laat staan een ernstig verwijt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de verantwoordelijke minister zich gaandeweg de parlementaire behandeling wel bewust werd van het feit dat de dringende reden voor de werkgever niet altijd gepaard hoeft te gaan met ernstige verwijtbaarheid van de werknemer (zie onder meer *Handelingen I* 2013/14, 32-14, p. 14). In de nota naar aanleiding van het verslag merkt hij zelfs expliciet op dat bij een niet-verwijtbare dringende reden 'uiteraard' een transitievergoeding verschuldigd is (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 131). Een en ander is voor de Hoge Raad reden te concluderen dat de wetgever toekenning van een transitievergoeding ook mogelijk heeft geacht bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

4.

De uitspraak van de Hoge Raad vormt een breuk met het oude recht, in zoverre dat tot 1 juli 2015 een door de werkgever terecht gegeven ontslag op staande voet niet gepaard kon gaan met de verplichting van de werkgever aan de werknemer een schadevergoeding te betalen wegens kennelijke onredelijkheid van de opzegging (HR 12 februari 1999, NJ 1999/643, m.nt. P.A. Stein (S./vE.)). Kennelijke onredelijkheid werd onder het oude recht veelal gebaseerd op het zogenoemde 'gevolgencriterium' van het tweede lid sub b van art. 7A:1639s, later art. 7:681(oud) BW, inhoudend dat de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij die opzegging. Omdat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen, behoren de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te worden betrokken bij de vraag of sprake is van een

dringende reden die een ontslag op staande voet kan rechtvaardigen. Werd een dergelijke dringende reden aanwezig geacht, dan was er derhalve ook geen plaats meer voor het oordeel dat het ontslag niettemin vanwege de ernst van die gevolgen kennelijk onredelijk was. Verder overwoog de Hoge Raad onder meer dat de verplichting van de werkgever om de werknemer een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging te betalen zich ook niet liet verenigen met de destijds in art. 7A:1639o lid 3 (oud) BW voorziene mogelijkheid dat de werknemer die zijn werkgever door opzet of schuld een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, schadeplichtig wordt jegens die werkgever indien deze van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt (zie thans art. 7:677 lid 2 BW).

5.

De Hoge Raad wijkt met de opgenomen uitspraak af van het standpunt van A-G De Bock, die zich in haar conclusie sterk maakte voor de visie dat de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is wanneer hij de werknemer op goede gronden op staande voet heeft ontslagen. De A-G erkent dat het wettelijk systeem op zichzelf niet uitsluit dat bij een onverwijld opzegging wegens een dringende reden recht kan bestaan op een transitievergoeding. Deze uitleg verdraagt zich in haar optiek echter niet met het gegeven dat de wetgever met de Wwz niet beoogd heeft het leerstuk van het ontslag op staande voet te wijzigen. Bovendien zou de mogelijkheid van een vergoeding de drempel kunnen verlagen om een ontslag op staande voet te aanvaarden.

6.

Het standpunt van de A-G dat de mogelijkheid van een transitievergoeding het leerstuk van het ontslag op staande voet wijzigt, is voor betwisting vatbaar. De criteria voor de beoordeling of sprake is van een dringende reden zijn door de uitspraak van de Hoge Raad niet veranderd (vgl. F.M. Dekker in *TRA* 2018/61). Wel kan — althans in theorie — de uitkomst van deze beoordeling onder het huidige recht anders uitpakken, in die zin dat eerder een dringende reden wordt aangenomen dan voorheen, aangezien de gevolgen van het ontslag in de gevallen waarin geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer, minder gewicht in de schaal leggen nu deze door het ontvangen van een transitievergoeding enigszins worden gemitigeerd. Vraag is of dit negatief moet worden gewaardeerd. Aldus is voor de rechter ook iets meer ruimte ontstaan om maatwerk te leveren bij de beoordeling van het ontslag op staande voet (vgl. S.F. Sagel, *TRA* 2015/45). Nadeel van aanvaarding van de door de A-G bepleite benadering is bovendien, dat de vraag of de werknemer in aanmerking komt voor een transitievergoeding, mede afhankelijk wordt van de door de werkgever gekozen ontslagroute, hetgeen de wetgever met de Wwz juist heeft willen vermijden (MvA I, 33818, C, p. 3). Kiest de werkgever bij aanwezigheid van een niet-ernstig verwijtbare dringende reden voor de, in de praktijk bepaald niet ongebruikelijke weg van de ontbinding op de e-, g- of h-grond van art. 7:669 lid 3 BW, dan is hij immers wel een transitievergoeding verschuldigd.

7.

Consequentie van het door de Hoge Raad onderschreven standpunt is dat de werknemer die terecht op staande voet ontslagen is wegens een verwijtbare, maar niet ernstig verwijtbare dringende reden, aanspraak kan maken op een transitievergoeding, maar tevens op grond van art. 7:677 lid 2 BW aan de werkgever een vergoeding verschuldigd is, althans wanneer men aanneemt — zoals tot nu toe gebruikelijk — dat voor deze laatste schadeplichtigheid gewone 'schuld' van de werknemer volstaat. Deze samenloop van vorderingen over en weer was onder het oude recht voor de Hoge Raad mede reden om een schadevergoeding wegens kennelijke onredelijkheid bij een terecht ontslag op staande voet uit te sluiten. In de opgenomen uitspraak wordt daarover met geen woord gerept. Wellicht ziet de Hoge Raad thans daartegen minder bezwaren, omdat de transitievergoeding geen schadevergoeding is. De werkgever zal in de hier bedoelde gevallen de door de werknemer verschuldigde vergoeding kunnen verrekenen met de transitievergoeding. Daarvoor is wel vereist dat hij binnen de in art. 7:686a lid 4 sub a BW genoemde vervaltermijn van twee maanden na de opzegging een verrekeningsverklaring als bedoeld in art. 6:127 lid 1 BW aan de werknemer doet toekomen (vgl. onder meer Hof 's-Hertogenbosch 14 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3971).

8.

Een en ander illustreert dat het ontslagrecht er met de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid van een transitievergoeding bij een terecht ontslag op staande voet niet eenvoudiger op is geworden. Dat was wel een van de doelstellingen van de Wwz. Deze mogelijkheid draagt bovendien niet bij aan de doelstelling om ontslagen minder kostbaar te maken. Ook de voorspelbaarheid van het ontslagrecht — nog weer een andere doelstelling van de wet — is er niet mee gediend, al was het maar omdat de grens tussen 'gewone' verwijtbaarheid (met transitievergoeding) en ernstige verwijtbaarheid (zonder transitievergoeding) niet eenvoudig te bepalen is (zie over die afbakening: W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, 26^e druk, 2018, p. 521). Ik zie echter niet hoe de Hoge Raad, gegeven de huidige wettelijke bepalingen, tot een andere conclusie had kunnen komen, tenzij hij, anders dan tot nu toe aangenomen, voor elke dringende reden van de werknemer ernstige verwijtbaarheid zou hebben verlangd (zie voor een pleidooi in die richting: E. Verhulp, *TvO* 2017/1, p. 14). Juist dat oordeel zou echter een niet door de wetgever beoogde, ingrijpende wijziging van het leerstuk van het ontslag op staande voet hebben betekend.